

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN*

*Procurador de Justiça do Meio Ambiente do Estado
de São Paulo*

Muitos, com certeza, ao examinarem o programa, já se perguntaram, e talvez o estejam fazendo neste momento, o porquê do tema da proteção constitucional do meio ambiente em um painel dedicado à sua tutela internacional. Isso ocorre, como muito bem já o disse a Dra. Virgínia, porque o Direito brasileiro não aceita os tratados internacionais como tendo hierarquia superior à Constituição. Tenho uma visão própria a respeito, baseada na experiência, não muito boa, da tentativa de harmonização da legislação de proteção do consumidor há cerca de três ou quatro anos. Não fosse esse óbice constitucional, teríamos hoje, com certeza, um finado Código de Defesa do Consumidor, revogado e afastado por normas aprovadas no âmbito do Mercosul, que estabeleciam padrões inferiores de proteção à cidadania do consumidor no nosso país. Mas isso fica para os debates que, certamente, serão bastante ricos.

Dividi a minha intervenção em duas partes: a primeira, uma teoria geral da proteção constitucional do meio ambiente; a segunda, o meio ambiente na Constituição Federal de 1988. Esta última vem sendo tratada em profundidade, na doutrina nacional. Refiro-me, por exemplo, ao trabalho do Prof. José Afonso da Silva, meu mestre querido, ao qual não só eu mas todos os brasileiros devemos um oceano de gratidão. Esse jurista, que recentemente se aposentou na Universidade de São Paulo, ainda está à espera das homenagens que todos temos, por obrigação, de fazer à sua história de cidadão, de homem digno e de ser humano extraordinário. Contudo a parte primeira não vem recebendo a atenção necessária da doutrina nacional. E não há, como se sabe, interpretação e aplicação da Constituição Federal sem uma compreensão vestibular daquilo que poderíamos denominar teoria geral da norma constitucional,

que informa e, de certa maneira, orienta a aplicação do texto constitucional.

Por isso começamos com o esforço de fazer um rápido esboço do que seria essa teoria geral da tutela constitucional do meio ambiente. A questão preliminar, ao abordar o tema, é sobre a necessidade de inseri-lo na constituição. É preciso constitucionalizar? Haveria essa necessidade absoluta de contar, no texto da norma maior, com dispositivos tratando do tema objeto deste seminário? Em tese, nesse tema ou em qualquer outro, bastaria querer proteger legislando e implementando as normas ordinárias promulgadas.

Mas sabemos que, tendo em vista a experiência histórica, muitas vezes uma sociedade ou comunidade, diante do valor de um determinado bem – o item da pauta social -, opta por elevá-lo ao plano constitucional, com isso visando alcançar benefícios a que faremos referência em seguida.

Parece haver uma tendência universal, de certa maneira irresistível, a constitucionalizar a proteção do meio ambiente. Hoje são poucos os países que ainda não alteraram a sua carta maior para incluir tal tutela. Um dos últimos a fazê-lo, e o fez após tentativas várias no decorrer dos anos, foi a Alemanha na sua Constituição unificada, após a queda do muro de Berlim, todavia ainda há uns poucos países onde essa norma constitucional pelo menos não está prevista expressamente, como é o caso dos Estados Unidos e da Itália.

Parece-me que se pretende, com essa proteção constitucional, em primeiro lugar, elevar a questão ambiental ao plano máximo da hierarquia das leis e, em segundo lugar, buscar um sentido redistributivo dos benefícios e custos ambientais. Queremos fazê-lo na Constituição, e não pela via da norma ordinária.

A degradação ambiental não deixa de ser uma apropriação indevida de benefícios ambientais. É, na verdade, a monopolização dos benefícios e a socialização dos custos. Daí o sentido da norma constitucional de redistribuir benefícios e custos. Aliás, o Professor Gylvan fez referência ao princípio poluidor pagador, um dos mecanismos – do qual, infelizmente, não vamos tratar – dessa nova equação e desse esforço redistributivo da Constituição.

Todavia o mais importante de tudo – é um ponto que queria ressaltar, embora não vá tratar dele em profundidade – é que, com a norma constitucional, especialmente na forma redigida em 1988, estabeleceu-se um dever de não degradar, ou seja, inverteu-se aquele paradigma clássico do Código Civil de que tudo é possível, inclusive destruir, desde que sejam respeitados os direitos dos vizinhos. E, por vizinhos, entendemos, tradicionalmente, na civilística, pelo menos naquela seguida pelo Brasil, os geograficamente próximos.

Afora esse ponto, o Direito Privado, na sua base, permitia fizessemos, como *dominus* e até como posseiros, ou sem ser *dominus* ou posseiros, tudo o que quiséssemos, inclusive destruir – e isso acabou influenciando o Direito Público. E a Constituição, no art. 225, altera integralmente esse paradigma civilístico que dominou o nosso ordenamento jurídico e a própria doutrina até bem recentemente – voltaremos a esse item de forma indireta ao término da minha intervenção.

Historicamente, a proteção constitucional do meio ambiente é um fenômeno recente. Grécia, após a queda da ditadura dos coronéis, Portugal e Espanha foram os três primeiros países a legislar na perspectiva constitucional, pelo menos geograficamente, pensando nos países que não estavam no antigo bloco soviético, ou não o seguiam. Encontrávamos nessas constituições hoje interrogadas, normas constitucionais fictícias de proteção ao meio ambiente.

Quais seriam os benefícios da constitucionalização? Aqui temos de fazer um juízo valorativo, comparar benefícios e eventualmente dificuldades que ela venha a trazer. O primeiro benefício parece-me ser o da visibilidade. A Constituição é um modelo para os cidadãos e tem um valor didático fundamental; vale como permanente lembrança da relevância do meio ambiente para todos nós. Além disso, a norma constitucional traz em si um teor maior de respeitabilidade ou uma exigência maior de responsabilidade. Parece que nos acanhemos mais, ou pelo menos deveríamos, quando assumimos, em mea culpa, que desrespeitamos uma norma constitucional vis-a-vis à inobservância de uma norma, de uma portaria de órgão inferior. A Constituição é norma superior na hierarquia legislativa, é uma espécie de santuário legislativo dotado, na expressão de Canotilho, de preeminência normativa. A Constituição trata e protege aspirações fundamentais da sociedade e, por isso mesmo, impõe, exige, inspira uma maior respeitabilidade. Mas, pragmaticamente, com a norma constitucional, buscamos segurança normativa, e creio que isso é básico hoje no nosso país, diante das incertezas no terreno legislativo com o uso das medidas provisórias - e não faço nenhum juízo de valor.

A norma constitucional – no caso do meio ambiente, isto tem sido fundamental, especialmente no que se refere à responsabilidade civil, de que vamos tratar aqui – é o estudo prévio de impacto ambiental. A Constituição garante uma certa durabilidade legislativa, um pacto de permanência entre legislador e destinatários da norma. Assim, se compreendermos – e vamos voltar a essa questão – a proteção do meio ambiente como um direito fundamental, portanto norma pétrea, que não pode ser alterada, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, será esse o pensamento ao entendermos que a Constituição garante um procedimento rigoroso para a alteração dos seus dispositivos. Em um ou em outro caso, há uma proteção maior no que se refere à possibilidade de alteração da prescrição constitucional.

Contudo o mais importante, no meu ponto de vista, é que, com a constitucionalização, alteramos ou substituímos o paradigma da legalidade ambiental, por exemplo, a proteção do meio ambiente por normas infraconstitucionais, como Código Florestal, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei de Proteção à Fauna, etc, pelo paradigma da constitucionalidade ambiental. Vejam que isso passa despercebido. Quando constitucionalizamos, já não tratamos de legalidade ambiental, estamos fazendo incursão em um outro terreno, o da constitucionalidade ambiental, mas estamos tão presos à doutrina publicista e privatística tradicional que parece soar mais forte legalidade do que constitucionalidade. A constitucionalidade, portanto, substitui a legalidade na sua função de veículo de valores essenciais – é básico, mas muitas vezes o esquecemos.

Finalmente, quando constitucionalizamos, criamos uma poderosa ferramenta exegetica – e esta Corte assim tem procedido, nunca abusando das normas constitucionais de proteção do meio ambiente. Legitimamos a intervenção governamental, regulatória ou não, estabelecemos padrões de orientação na formulação de políticas públicas e, por fim, se entendermos que estamos diante de direitos e garantias fundamentais, prevemos ou instituímos mecanismos de aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Essa seria uma síntese, no meu modo de ver, dos benefícios da inclusão da proteção do meio ambiente no texto constitucional. Há riscos, pensei em vários, mas, não tendo tempo aqui para discuti-los, quero mencionar pelo menos três. O primeiro é a constitucionalização de conceitos, direitos e obrigações insuficientemente amadurecidos ou compreendidos e até superados. E a nossa Constituição apresenta alguns modelos disso na parte ambiental, por exemplo, quando faz referência a "equilíbrio ambiental", um conceito biológico superado que foi importante em um determinado momento, no final da década de 60 e início da de 70, divulgado por dois dos maiores ecologistas, ambos ainda vivos, os irmãos

Odum, mas que, hoje, sabemos, não reflete, na perspectiva científica, a retidão conceitual esperada e, de certa maneira, necessária.

O segundo risco, relacionado até mesmo a um benefício, é a dificuldade de retificação posterior. Gostaríamos de fazer acertos nas normas constitucionais de proteção do meio ambiente, todavia temos uma dificuldade – que nos favorece quando querem retificar para diminuir as garantias ambientais – quando queremos retificar para ampliar, incluir aspectos novos ou até mesmo corrigir pequenas falhas do texto constitucional.

O terceiro, conforme o entendimento que venhamos a ter da força vinculatória da norma constitucional, é o risco de enfraquecer o valor e as forças normativas das disposições constitucionais, uma espécie de sentido retórico, abstrato, ineficiente e, de certa maneira, inútil, que infelizmente, de forma gradativa, parece ganhar espaço no Brasil: interpretar a nossa Constituição.

Passemos aos modelos de constitucionalizar; vou apenas listá-los. Se houver perguntas neste ponto, terei oportunidade de esmiuçá-los. Imaginei nove modelos possíveis.

O primeiro seria aquele da fórmula dos direitos fundamentais: o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito assegurado a todos.

O segundo modelo seria o da fórmula dos deveres fundamentais – não falamos de direitos, mas de deveres. E a nossa Constituição – ver-se-á em seguida – utiliza também esse modelo de deveres fundamentais.

Além de direitos e deveres fundamentais, o terceiro modelo seria o da fórmula da função sócio-ambiental da propriedade. Não se trata diretamente nem de direitos nem de deveres, mas estabelecem-se

amarras para um direito constitucional estabelecido no art. 52, o direito à propriedade privada.

O quarto modelo, e as constituições fazem uso dela, seria o da fórmula dos objetivos públicos, fins amplos que, naquela matéria, devem orientar a intervenção, a ação e, às vezes, a omissão, o não-fazer do próprio Estado.

Em acréscimo, o quinto modelo seria o da fórmula dos princípios ambientais. Várias constituições, por exemplo, a colombiana, a equatoriana e outras tantas, e o Tratado da União Européia trazem expressamente tais princípios, entre os quais o princípio poluidor pagador, o da prevenção, o da integração e o da precaução.

O sexto seria a fórmula dos programas públicos, estabelecendo, de certa maneira, nortes para o exercício da atividade administrativa.

O sétimo seria a fórmula da tutela dos ecossistemas particulares – isso está no art. 225 da Constituição Federal: a Mata Atlântica, a Floresta Amazônica, o Pantanal e a zona costeira foram protegidos especificamente em adição àquela norma geral do caput do art. 225.

O oitavo modelo seria a fórmula dos instrumentos de implementação; vale dizer, a Constituição estabelece diretrizes, objetivos, programas, direitos, deveres. Não satisfeita, porque não confia em todos nós – aliás, nós não confiamos em nós mesmos, não confiamos nos legisladores nem nos implementadores -, a Constituição estabelece instrumentos de implementação.

O último modelo seria a fórmula de repartição de competência de Poder, que a Constituição, especialmente nos Estados federados, como a Austrália, Brasil e outras nações, traz.

Passemos, agora, à segunda parte da minha intervenção, acerca do meio ambiente na Constituição de 1988. Para resumir, vou me limitar a trazer apenas pontos que eventualmente não tenham sido tratados na doutrina nacional, especialmente na melhor doutrina nacional em relação ao tema.

Inicialmente, temos de reconhecer que, no Brasil, existe – e há de ter conseqüências jurídicas – algo que podemos denominar ordem pública ambiental brasileira, ou seja, o meio ambiente não é mais, já o foi no passado, um item da pauta das relações privadas entre indivíduos ou um item de uma pauta semipública, ora privada, ora, no relacionamento dos indivíduos com o Estado, assumindo conotações públicas. Ela é pública, porque há direitos e deveres constitucionais. É uma ordem pública constitucionalizada e baseada em seis pilares.

O primeiro pilar é o meio ambiente como direito fundamental expreso. Gostaria de ter um pouco mais de tempo para examinar qual o sentido da expressão "direito fundamental", que nem todos os ordenamentos jurídicos conhecem ou, pelo menos, não é uma expressão que tradicionalmente seja reconhecida de maneira uniforme nos vários ordenamentos jurídicos. Vejo aqui dois juristas de primeira grandeza com formação na escola francesa: meu mestre Paulo Affonso Leme Machado e a Professora Sônia Wiedmann, ambos sabem que, no Direito francês, por exemplo, a expressão "direito fundamental" é uma realidade recente, da década de 70. Já no Direito alemão, é tradicional. Seria uma discussão importante, teria efeitos práticos, mas, infelizmente, não é possível aprofundar a matéria neste momento. É importante, contudo, ressaltar que, como direito fundamental expreso, a proteção do meio ambiente caracteriza-se, no ordenamento jurídico brasileiro, pela pulverização constitucional. Pecam profundamente aqueles que esperam encontrar, de forma exaustiva no art. 225, o rol de direitos ambientais constitucionais.

Existe sim, na Constituição, um direito fundamental *per si*, batizado com nome e sobrenome, que faz uma reviravolta na lista das prioridades constitucionais da nação brasileira e traz padrões ético-ecológicos novos para a formulação legislativa e para a nossa atuação como implementadores e cumpridores das normas garantidoras do meio ambiente, o modelo dual de filiação antropocêntrica e biocêntrica, mas encontra-se também aquilo que poderíamos denominar direitos fundamentais reflexamente ambientais, tais como o direito à saúde, garantido no art. 5º e, depois, num capítulo próprio no texto da Constituição, o direito tradicional, que foi incluído na Constituição fascista de 1937, e o direito de acesso à Justiça, garantido expressamente também no art. 5º. Sabemos que a norma constitucional sem a garantia de tutela jurisdicional é um nada, é *res nullius*, aliás, é *res derelictae*.

O segundo pilar da ordem ambiental pública constitucionalizada é o meio ambiente como fundamento para deveres estatais específicos: positivos e negativos. Deveres de omissão, no sentido clássico das liberdades públicas, para que o Estado não atue, e deveres positivos a fim de que o Estado cumpra algumas atividades que o legislador incluiu no próprio texto constitucional.

O terceiro é o da conformação dominial do meio ambiente na própria Constituição – poderíamos ter um curso inteiro sobre tal conformação, ora um bem autônomo, ora um bem fragmentado, ora um bem visto na divisão de competências entre União, Estados e municípios, ora como bem natural, ora como meio ambiente urbano ou rural, como expresso no art. 186 da Constituição Federal.

O quarto pilar é o da proteção ambiental como fonte de princípios, os quais se encontram explícitos na Constituição, como o poluidor pagador e o meio ambiente como princípio norteador da ordem econômica, art. 170, inciso VI. Mais importantes são os princípios implícitos que decorrem da conjugação de dispositivos no universo da

Constituição Federal, entre eles, o princípio da precaução, mencionado pelo Prof. Paulo Affonso Leme Machado.

O penúltimo pilar é o da definição de repartição de poderes estatais. A nossa Constituição instaura definitivamente um federalismo ambiental baseado no princípio de que a União estabelece normas piso. Deve-se ter uma cautela cada vez maior, porque, hoje, os estados e os municípios querem legislar em matéria ambiental não para ampliar as garantias constitucionais, legais e infraconstitucionais, mas para reduzi-las, quando não pulverizá-las e levá-las à nulidade, o que é inconstitucional dentro do pacto federativo minimalista que orienta a Constituição de 1988.

O sexto pilar é o da instrumentalização da proteção ambiental. A nossa Carta Magna não se limita a estabelecer obrigações e direitos; ela suspeitou, até pela experiência histórica, que nós, brasileiros, de certa maneira, estávamos imbuídos de desconsideração, quando não de desrespeito à norma constitucional.

No Direito francês, dizia-se que o Código Civil se revoltava contra as leis novas especiais e as vencia; no Brasil, é mais grave porque gostamos de inovar. Aqui, o Código Civil se revolta contra a Constituição e a vence. Muitas vezes, questões que deveriam ser decididas olhando, exclusivamente, para a norma constitucional, uma norma de eficácia plena, vêm a ser solucionadas com os olhos postos no Código Civil brasileiro.

Para encerrar, agradeço o honroso convite que me foi feito. Há poucos dias, li um poema do Sr. Ministro Edson Vidigal. Esse poeta de Caxias, Maranhão, disse o seguinte no livro que se intitula *O Superior Tribunal de Justiça: Muitos bons fluidos, mas desçam e permaneçam* – estou olhando para uma fotografia do prédio do Congresso Nacional. *Sempre que o verbo se transmuda em verba, alguém paga a conta.* E eu,

aprendiz, com vício redibitório de poeta, acrescentaria: sempre que o verde se transmuda em pó, todos nós pagamos a conta; a natureza não.